

Łódź, dnia 26 października 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Katowickie Centrum Onkologii
ul. Raciborska 26, 40 – 074 Katowice
strona internetowa: www.kco.katowice.net.pl
tel. 32/ 2511 – 761
tel. 32/ 2515 – 231 do 4
adres mail: szpital@kco.katowice.pl

Odwołujący:

Skamex Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością Spółka Komandytowa
ul. Częstochowska 38/52
93-121 Łódź
fax 042 677-14-19; 042 672-40-10
email: ilona.rylek@skamex.com.pl
dzp35@skamex.com

ODWOŁANIE

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm. dalej „p.z.p” lub „ustawa”) wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami p.z.p czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*zakup i dostarczanie systemu zamkniętego do przygotowania i podaży leków cytostatycznych.*” (znak.: K.C.O. /PN/ 42 /2020), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – poprzez wybór oferty złożonej przez Biameditek Sp. z o.o. ul. Elewatorska 58, 15-620 Białystok (dalej „Biameditek”), która zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami nie spełnia wymagań Zamawiającego, a co za tym idzie nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy i podlega odrzuceniu,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,**
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu z załącznika nr 2 do SIWZ,**
- 3) nakazanie odrzucenia oferty Biameditek w zakresie pakietu z załącznika nr 2 do SIWZ ,**
- 4) dokonanie powtórnej oceny ofert w zakresie pakietu z załącznika nr 2 do SIWZ ,
w efekcie czego**
- 5) uznanie że, najkorzystniejszą ofertę w zakresie pakietu z załącznika nr 2 do SIWZ
złożył Odwołujący.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.09.2020 r. i ukazało się pod numerem K.C.O./AT/ZL/ZP/ JPJ/ 1083 /20. Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania – wybór oferty najkorzystniejszej - Odwołujący powziął w dniu 20 października 2020 r. drogą elektroniczną – platforma zakupowa. Tym samym termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy został dotrzymany.

UZASADNIENIE

- I.** Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym m. in. w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, zachowującym aktualność także w obecnie obowiązującym stanie prawnym: za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w

konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą (W. Łysakowski [w] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 141/09): *Przepis [art. 179 ust. 1 ustawy] ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między obu wymienionymi przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący przy tym ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, która zgodnie z ogólnodostępnymi informacjami, nie odpowiada treści SIWZ, i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy (wybór oferty która ofertą najkorzystniejszą nie jest) naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego: W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093, www.uzp.gov.pl). Z kolei w wyroku z 11 lipca 2018 r. (KIO 1275/18) Izba wskazała że: „Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.”*

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z

najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych.

- II. Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup i dostarczanie systemu zamkniętego do przygotowania i podaży leków cytostatycznych.” (znak.: K.C.O. /PN/ 42 /2020)”.

W zakresie pozycji 2 załącznika nr 2 do SIWZ Biameditek zaoferował produkt niezgodny z opisem zawartym w SIWZ. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia oczekiwał zaoferowania:

*Przyrząd **bezigłowy** do pobierania i podaży leków cytostatycznych mocowany końcówką Luer Lock do strzykawki. Posiada bezpieczny, kompatybilny z systemem zamkniętym adapter umożliwiający połączenie z urządzeniem na fiolce (pkt1) i transfer leku. Sygnał kliknięcia informujący o bezpiecznym podłączeniu z adapterem fiolki lub adapterem worka infuzyjnego przy użyciu jednej dłoni oraz chroniący przed przypadkowym odłączeniem. Zgodny z dyrektywą 2010/32/UE. Kompatybilny do połączenia z elementami systemu z pozycji 1,3,4.*

Firma Biameditek zaoferowała produkt Tevadaptor – adapter strzykawki II o numerze katalogowym MG245567. Z ogólnodostępnych informacji wynika, że zaoferowany adapter do strzykawki o nr katalogowym MG245567 **posiada igłę w rozmiarze 16G (j. ang. needle bore size 16 G)**, tym samym nie jest to produkt bezigłowy jak wymagał Zamawiający.

Na potwierdzenie załączamy wycinek z karty katalogowej Produktu:

TECHNICAL DATASHEET SYRINGE ADAPTOR

General information	Article number / Reference	1MG245567
	User box quantity	50 pcs
	Transport box quantity	300 pcs

Product characteristics	Product Technical data	
	External fitting	Male luer lock connection
	Needle bore size	16 G
	Needle volume	0,04 mL
	Protective cap	Delivered with every Syringe Adaptor
	Septum piercings	Up to ten times
	Shelf life	3 years

is disinfection with
70% and chlorhexidine

Tłumaczenie: Iгла w rozmiarze 16G

Tym samym, treść oferty złożonej przez Wykonawcę – firmę Biameditek odnośnie pozycji nr 2 załącznika nr 2 do SIWZ nie odpowiada treści SIWZ, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia sygnalizował Zamawiającemu niezgodność oferty Biameditek z wymogami SIWZ. Zamawiający wezwał wykonawcę Biameditek do wyjaśnień. W dniu 9 października 2020 roku Wykonawca Biameditek w swoich wyjaśnieniach stwierdził:

Potwierdzamy, że w pozycji nr 2 Biameditek sp. z o.o zaoferowała przyrząd bezigłowy do pobierania i podaży leków cytostatycznych mocowany końcówką Luer Lock do strzykawki. Przyrząd ten nie posiada igły 16G lecz zabudowaną tuleję 16G do transportu leku między adapterem fiolki i strzykawki. Zaoferowany system zamknięty Tevadaptor nie wymaga użycia żadnych dodatkowych igieł do przygotowywania leków cytotoksycznych. System Tevadaptor jest zgodny z dyrektywą 2010/32/EU zapobiegając przed skałeczeniem i gwarantując bezpieczeństwo użytkowników.

Spełnienie wymagań dyrektywy 2010/32/UE potwierdza, że produkt zapobiega zranieniom pracowników wskutek stosowania wszelkich ostrych narzędzi medycznych (w tym zranieniom igłą). Nie przeprowadzono by procedury oceny zgodności z ww. normą gdyby produkt nie zawierał igły.

Na poparcie powyższego (co podtrzymujemy), składając niniejsze odwołanie, pragniemy przedłożyć poniższe dowody wskazujące w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowany produkt, z zakresie pozycji nr 2 załącznika nr do SIWZ , nie spełnia wymogów SIWZ.

Dowód:

- karta katalogowa zaofierowanego przez Biameditek produktu - *załącznik nr 4*

Mimo powyższego, w dniu 20 października 2020 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

- III.** Należy również wskazać, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy: „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.” (KIO 693/14, KIO 694/14; orzeczenie utrzymane w mocy w wyroku KIO z dnia 22 maja 2017 r. KIO 958/17). W przedmiotowej sytuacji, działanie Zamawiającego nosi cechy naruszenia podstawowych zasad postępowania w tym min. zasady uczciwej konkurencji.
- IV.** Mając na uwadze powyższe wnosimy o uwzględnienie niniejszej odwołania, w szczególności o unieważnienie dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Załączniki:

- 1) *dowód uiszczenia wpisu od odwołania;*
- 2) *dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;*
- 3) *wydruk z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego;*
- 4) *dowody - karta katalogowa zaofierowanego przez Biameditek produktu.*